



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL NEIVA-HUILA

Neiva, cuatro (04) de Octubre de dos mil veintiuno (2021)

Rad.: 41-001-40-03-003-2021-00499-00

Asunto

La Personería de Tello-Huila agenciando al ciudadano **Sebastian Mellizo Marín**, acciona en tutela contra **Comfamiliar Eps** aduciendo vulneración a los Derechos fundamentales a la **dignidad humana, vida, salud y seguridad social**. Se vinculó a **Sociedad Clínica Cardiovascular Corazón Joven S.A., Clínica Belo Horizonte y Adres**.

Hechos

1.- El joven **Sebastian Mellizo Marín** de 22 años de edad, se encuentra afiliado a la **Eps Comfamiliar** en el régimen subsidiado, fue diagnosticado desde hace tres años con “*tumor benigno de mama*”.

2.- El 19 de marzo de 2021 fue atendido en **Sociedad Clínica Cardiovascular Corazón Joven S.A.**, donde se le ordenó plan de manejo de cirugía para la extracción del tumor benigno de mama “*consulta por primera vez con especialista de anestesiología y electrocardiograma de ritmo o de superficie sod*”, “*Electrocardiograma de ritmo o de superficie SOD*”, “*Paraclínicos*” y “*extirpación del tejido mamario (mastectomía) subcutánea und. Colgajo local de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados und*”.

3.- El joven **Sebastian Mellizo Marín** radico todas las órdenes en la **EPS COMFAMILIAR**, pasado un tiempo prudencial, ha llamado y se ha dirigido a las instalaciones de la EPS en donde le manifiestan que está a la espera para autorización.

4.- Lleva mas cinco meses esperando la autorización para continuar con el plan médico indicado, sin obtener resultados satisfactorios.

Pretensiones

La Personería de Tello-Huila agenciando al ciudadano **Sebastian Mellizo Marín**, solicita en sede constitucional protección a sus derechos fundamentales a la **dignidad humana, vida, salud y seguridad social**, y consecuentemente se ordene a **Comfamiliar Eps** “...autorice todas las órdenes para la “*RESECCION DE GINECOMASTIA UNILATERAL, PARACLINICOS Y CITA CON ANESTESIOLOGIA*” y verifique su practica efectiva.

Informes allegados dentro del asunto

➤ **Descargos Comfamiliar Eps**

Al recorrer el traslado del escrito de tutela, refiere que Sebastián Mellizo Marín, es usuario activo en la base de datos de la entidad y en tal calidad tienen derecho a los beneficios del POS-S que garantiza por intermedio de su red de prestadores de baja, media y alta complejidad y que se encuentran definidos la Resolución No. 2481 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud.

Respecto de la consulta de cx general para definir tratamiento quirúrgico resección de ginecomastia unilateral, paraclínicos y cita con anestesiología, aduce de conformidad con los soportes adjuntos y la historia clínica de fecha 19-03-2021, que según auditoría médica concurrente las ordenes tienen fecha extemporánea y considera pertinente revaloración por la especialidad con la finalidad de que se determine la pertinencia del procedimiento quirúrgico ya prescrito o si debe ser reformulado por cambio en su patología y diagnóstico, por lo tanto, se generó anexo 04 No 9176956 de fecha 10-09-2021 de autorización de servicios No 15388675 de CONSULTA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR LA ESPECIALIDAD EN CX GENERAL a cargo de **CLINICA BELO HORIZONTE**, la cual la programó para el 28 septiembre.

Arguye como excepciones el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley 100, improcedencia por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, imposibilidad de decretar hechos futuros e inciertos, y buena fe, para rematar solicitando que se **DECLARE IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por **INEXISTENCIA DE VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Y DESVINCULAR** a la **EPS Comfamiliar del Huila** de la presente acción de tutela, a razón de la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

➤ **Descargos ADRES**

Por conducto de Apoderado, en escrito de traslado frente a los hechos y pretensiones, inicialmente refiere su marco normativo, posteriormente y desde la óptica jurisprudencial hace un esbozo de los derechos fundamentales que se encuentran en contienda, para luego indicar “falta de legitimación en la causa por pasiva”, dado que es función de la EPS y no de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, la prestación de los servicios de salud que requiere el usuario.

Con fundamento en lo anterior, solicita denegar el amparo solicitado en lo que tiene que ver con esa entidad –ADRES-, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el escrito de traslado resulta innegable que no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del paciente, y en consecuencia se le debe desvincular del trámite de la acción constitucional negando también cualquier pretensión de recobro.

➤ **Descargos Clínica Belo Horizonte**

Emite pronunciamiento de cara al asunto, refiriendo que asigno cita con la especialidad de ANESTESIOLOGÍA el día viernes 01 de octubre del presente año al agenciado, donde se decidirá si el paciente este acto o no para el procedimiento quirúrgico,

destacando que se comunicó vía telefónica con la madre del paciente, donde se le informó día y hora de la cita y ella refirió entender y aceptar.

Conforme a lo indicado, al no haber vulneración ni amenaza de ningún derecho fundamental, no se encuentra fundamento para tutelar un supuesto de hecho inexistente, ya que la acción de tutela ha perdido razón de ser y por lo tanto no tendría ningún objeto conceder en el sentido de impartir una orden para proteger un derecho fundamental presuntamente violado, cuando la situación que presumiblemente había dado origen a la tutela ya ha desaparecido, por lo tanto está superado.

➤ Sociedad Clínica Cardiovascular Corazón Joven S.A. no se pronunció dentro del asunto a pesar de estar debidamente notificada mediante correo electrónico.

Pruebas Documentales

- Copia ordenes médicas de Sebastian Mellizo Marín

Consideraciones

El Art. 86 de la Constitución Política de 1991, instituyó la **Acción de Tutela** como una herramienta adicional a las ya establecidas por la legislación y, brindar solución a los conflictos originados en las distintas actividades del individuo, para los cuales no exista procedimiento legal establecido.

Se infiere del canon superior en cita, que la Acción de Tutela puede ser utilizada únicamente cuando de la serie de medios legales existentes en el ordenamiento jurídico no obre uno que proteja derechos fundamentales que puedan parecer lesionados o amenazados por una actitud positiva o negativa de autoridad pública o de un particular.

Luego, el fin primordial de la figura es ofrecer protección a los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresamente señalados en la ley, cuando no exista otro medio de defensa judicial de carácter transitorio para ser utilizado de inmediata aplicación a efecto de evitar un perjuicio irremediable.

La salud -Derecho Fundamental-

En los términos de la Ley 1751 de 2015, se ha definido su alcance y esencia: “Art. 2. *Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado*”.

La Corte, reconoció a partir de la Sentencia T-760 de 2008¹ el derecho a la salud como fundamental autónomo². Menester citarla, por cuanto desde entonces la jurisprudencia ha sido consistente y uniforme al señalar, que la exigibilidad de este derecho por vía de tutela no requiere demostrar la conexidad con otro derecho fundamental y así ha mantenido la línea decisional conforme se desprende de su interpretación en la Sentencia T-171 de 2016, por citar solo un ejemplo.

Así mismo, en providencia T-039 de 2013 precisó la naturaleza dual del derecho a la salud de la siguiente manera:

*“(…)el derecho a la salud posee una doble connotación: (i) como un **derecho fundamental** y (ii) como un **servicio público**. En tal razón ha considerado: “En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”³.

Ello quiere decir que procede el amparo en sede de tutela cuando resulta imperioso velar por los intereses de cualquier persona que así lo requiera⁴. En tal sentido, la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su paralización sin la debida justificación constitucional.⁵

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo es resultado de una evolución jurisprudencial, la observancia de la doctrina y de los instrumentos internacionales relacionados con la materia. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-165 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-705 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-762 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre muchas otras.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007

⁴ Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, en la cual señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

⁵

Existen diversos instrumentos internacionales que consideran el derecho a la salud como un elemento esencial de la persona al ser inherente a la misma. A continuación se enuncian alguno de ello: i) El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos

Lo anterior, por cuanto la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana.⁶

Ilustrado debidamente el derecho fundamental a la **salud** a la luz de la jurisprudencia, en el caso abordado por la **Personería de Tello** en agencia del joven **Sebastián Mellizo Marin**, resulta imperioso conceder el amparo deprecado, a partir de los siguientes postulados:

1.- Las ordenes para la práctica de la “RESECCION DE GINECOMASTIA UNILATERAL, PARACLINICOS Y CITA CON ANESTESIOLOGIA”, datan de 19 de marzo de 2021, por ello es inaceptable que a la fecha no se haya practicado, pues con este proceder se pone en riesgo la salud y vida del agenciado.

2.- Los hallazgos diagnósticos del accionante permiten inferir una posible anomalía que de no tratarse a tiempo pueden generar afecciones de orden cancerígeno, por ello resulta indispensable propender por un tratamiento oportuno y eficaz, aspectos desatendidos de manera evidente por **Comfamiliar Eps**, la cual no le ha garantizado la atención que requiere, y por el contrario, ha sumido a su afiliado en una serie de dilaciones que ha truncado la realización de la cirugía que necesita.

3.- El ciudadano **Sebastian Mellizo Marín** ha radicado las ordenes médicas respectivas ante **Comfamiliar Eps** desde el mes de marzo anterior, luego no es aceptable que esta indique en su pronunciamiento que los ordenamientos son extemporáneos, pues fue precisamente por culpa de dicha Eps que no se han materializado, dado que no procuró por ello desde el momento en que fueron prescritos.

4.- En el asunto de marras no hay lugar a la declaratoria de hecho superado, pues las pretensiones de tutela aún no han sido satisfechas por parte de la accionada y vinculadas, siendo entonces oportuno proteger las prerrogativas *iusfundamentales* que se han visto transgredidas al agenciado constitucional.

Humanos afirma en su párrafo 1º que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*”; ii) El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud; en su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen: “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, *diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho*”; iii) la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “*La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.*” (Subrayadas fuera de texto)

⁶ En la sentencia T-790 de 2012 la Corte indicó: “*Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó://siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad en intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.*

Como corolario de lo disertado, se protegerán los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social del ciudadano **Sebastian Mellizo Marín**, y se ordenará a **Comfamiliar Eps** que dentro de los quince días siguientes a la notificación del presente proveído, autorice y garantice a su afiliado: cirugía para la extracción del tumor benigno de mama “*consulta por primera vez con especialista de anestesiología y electrocardiograma de ritmo o de superficie sod*”, “*Electrocardiograma de ritmo o de superficie SOD*”, “*Paraclínicos*” y “*extirpación del tejido mamario (mastectomía) subcutánea und. Colgajo local de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados und*”, en la forma indicada por los profesionales de la salud que lo auscultan.

Por último, se exonerará de responsabilidad dentro del asunto a **Sociedad Clínica Cardiovascular Corazón Joven S.A., Clínica Belo Horizonte y Adres** en tanto las pretensiones constitucionales no son de su competencia directa, recayendo estas en cabeza de **Comfamiliar Eps** como aseguradora del agenciado.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Juzgado Tercero Civil Municipal de la ciudad, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve

PRIMERO: PROTEGER los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social del ciudadano **Sebastian Mellizo Marín**, con base en lo considerado.

SEGUNDO: ORDENAR a **Comfamiliar Eps** que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente proveído, autorice y practique a su afiliado **Sebastian Mellizo Marín**, cirugía para la extracción del tumor benigno de mama “*consulta por primera vez con especialista de anestesiología y electrocardiograma de ritmo o de superficie sod*”, “*Electrocardiograma de ritmo o de superficie SOD*”, “*Paraclínicos*” y “*extirpación del tejido mamario (mastectomía) subcutánea und. Colgajo local de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados und*”, en la forma indicada por los profesionales de la salud que lo auscultan.

TERCERO: EXONERAR de responsabilidad constitucional a **Sociedad Clínica Cardiovascular Corazón Joven S.A., Clínica Belo Horizonte y Adres**

CUARTO: ORDENAR la Notificación de este proveído a las partes (Art. 30 Dto. 2591/1991).

QUINTO: ORDENAR el envío de la Acción de Tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión en caso de no ser impugnada.

SEXTO: ORDENAR el archivo de las diligencias, una vez surtido y agotado el trámite riguroso de la Acción de Tutela, previa desanotación en el Sistema

Notifíquese,

Leidy Zelenny Cartagena
LEIDY ZELENNY CARTAGENA PADILLA⁷
Juez.-

⁷ "Decisión adoptada en forma virtual por la suscrita titular"